Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XV.

Beitrag zu der Lehre vom Gerichtsgebrauche.

Von

Wächter.

Beim Gerichtsgebrauche müſſen wir, wie auch ſchon von Anderen in der neueren Zeit bemerkt und gezeigt wurde, zwei weſentlich verſchiedene Beziehungen wohl unterſcheiden:

1) es kann ein eigentliches Gewohnheitsrecht ſich bilden durch die Thätigkeit der Juriſten und der Gerichte, ſo ferne der Grundſatz, den ſie in ihren gleichförmigen Entſcheidungen lange Zeit befolgten, ein Ausfluß iſt der herrſchenden rechtlichen Volksanſichten und der beſtehenden Volksverhältniſſe und der von ihnen, als den Sachverſtändigen und denen, die mit der Sache zunächſt zu thun haben, ausgeſprochenen rechtlichen Volksüberzeugung. In ſolchen Fällen iſt der Gerichtsgebrauch wahres Gewohnheitsrecht, und ſolche Fälle haben namentlich unſere älteren deutſchen Rechtsquellen im Sinne, wenn ſie, wie z. B. die Peinliche Gerichtsordnung Carls V. Art. 104, auf Gewohnheiten und Herkommen bei der Strafrechtspflege verweiſen [1]). Weſentlich hievon verſchieden iſt

2) die Thätigkeit des Richters, ſo ferne er einen, lediglich aus Gründen der Wiſſenſchaft und aus den Prinzipien des beſtehenden Rechts hergeleiteten Rechtsſatz auf die vor ihn gebrachten concreten Fälle anwendet. — Der Richter iſt Organ des beſtehen-

1) Vgl. Puchta das Gewohnheitsrecht. B. II. S. 15 f. S. 243 f. Eichhorn Deutſches Privatrecht §. 26.

den Rechts. Er hat daſſelbe mit Hülfe der Wiſſenſchaft aus den vorhandenen Rechtsquellen zu entwickeln und nach dieſem ſo gefundenen beſtehenden Recht die concreten Fälle zu entſcheiden. Hieraus folgt, daß die von ihm ausgeſprochene Anerkennung eines, lediglich aus Gründen der Wiſſenſchaft hergeleiteten, auf wiſſenſchaftlichem Wege gefundenen Rechtsſatzes nur in ſoferne Werth und Geltung haben kann [2]), als dieſer Rechtsſatz wirklich in ſeiner Quelle begründet iſt, d. h. mit dem Inhalt des beſtehenden Rechts übereinſtimmt. An und für ſich aber kann ihm eine äußere Gültigkeit nicht zukommen; gleichviel, ob jene richterliche Anerkennung deſſelben in einer einzelnen Entſcheidung (Präjudiz, oder ob ſie in einer langen Reihe gleichförmiger Entſcheidungen ausgeſprochen wurde, und dadurch in einen Gebrauch des Gerichtes überging (Gerichtsgebrauch, Praxis, *usus fori*).

Ueber das Letztere aber ſind auch in unſrer Zeit noch die Anſichten ſehr verſchieden. Ein Theil unſrer Civiliſten gibt es durchaus zu, und ſpricht dem eben näher bezeichneten Gerichtsgebrauche die Geltung als Rechtsquelle ab. Andere aber, und unter dieſen gewichtige Auctoritäten, wie Mühlenbruch und Thibaut, ſind entgegengeſetzter Anſicht. Sie legen jenem Gerichtsgebrauche an und für ſich äuſſere Geltung bei; er ſoll ſo gut Rechtsquelle ſeyn, wie das Geſetz und das Gewohnheitsrecht; er ſoll *vim legis* haben; nur trete bei ihm die Beſchränkung ein, daß er im Conflict mit dem Geſetze dem Letzteren weichen müſſe, daß er alſo nur bei völlig zweifelhaftem Sinne des Geſetzes (in ambiguitatibus) oder auch bei Lücken der Geſetze [3]) eine mit geſetzmäßiger Kraft wirkende Rechtsnorm bilde.

---

2) Natürlich abgeſehen von der Bedeutung der richterlichen Entſcheidung für den vorliegenden concreten Fall.

3) Die Vertheidiger des Gerichtsgebrauches ſind hierüber nicht einig. Manche wollen ihm blos bei ambiguitatibus Geſetzeskraft zuſchreiben, andere auch bei Lücken der Geſetze.

Dieſe Anſicht wird durchaus auf Ausſprüche des Römiſchen Rechts gegründet.

Es entſteht hier zunächſt die Vorfrage, ob man denn in unſerem gemeinen deutſchen Rechte bei der Frage über die Rechtsquellen und über die Fortbildung des Rechts ſich überall auf das Römiſche Recht, als geltende Norm, berufen könne. Dieſe Frage iſt freilich bis vor Kurzem wohl einſtimmig von unſeren Schriftſtellern [4]) bejaht worden. Allein nun wird ſie in einem ausgezeichneten Werke der neueſten Zeit aufs Entſchiedenſte verneint. v. Savigny behauptet in ſeinem Syſtem des heutigen Röm. Rechts (B. I. S. 165. f.), daß das Römiſche Recht auf die Lehre von den Rechtsquellen bei uns gar nicht anzuwenden ſey, weder auf die Geſetzgebung, noch auf jede andre Bildungsweiſe des allgemeinen Rechts. Der Grund ſoll darin liegen, daß die Grundſätze über die Rechtsquellen dem Staatsrechte (im weiteren Sinne) angehören, dieſes aber unter die recipirten Theile des fremden Rechts nicht gehöre.

Allerdings iſt nicht zu verkennen, daß man häufig, beſonders in früheren Zeiten, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts der Anwendung des Römiſchen Rechts, nicht ſelten zum Nachtheile der freiſinnigeren und beſſeren einheimiſchen Inſtitute, eine Ausdehnung zu geben ſuchte, die ihr nicht gebührte, und daß man auch noch in neuerer Zeit, wie gerade die Lehre von den Rechtsquellen in vielen unſrer Civilrechtsſyſtemen beweiſt, noch nicht immer auf die gehörige Weiſe hierin verfährt [5]). Das Römiſche Recht wurde ja

---

4) D. h. von denen, welche überhaupt eine formelle Gültigkeit des Römiſchen Rechts bei uns annehmen. Dieſe Gültigkeit iſt zwar in unſerer Zeit beſtritten worden (von Kierulff; ſ. auch Falck Encyklopädie. 4te Ausg. S. 155); aber gewiß mit Unrecht.

5) Die Röm. Imperatoren verbanden unbeſchränkte geſetzgebende Gewalt (quod principi placuit, legis habet vigorem)

nur zur Ergänzung unſres einheimiſchen Rechts recipirt, und im Conflicte mit dieſem muß es demſelben überall nachſtehen. Hieraus ergibt ſich, daß vom öffentlichen Rechte der Römer verhältnißmäßig Wenigeres bei uns anwendbar ſeyn konnte. Aber keineswegs wurde es als Solches und im Ganzen von der Reception ausgeſchloſſen. Gehen wir davon aus, wie wir müſſen, daß die Reception ein beſtimmtes Factum iſt, deſſen Umfang, Ausdehnung und Bedeutung nach dem Sinne, in welchem es in jenen früheren Jahrhunderten ſich bildete, aufzufaſſen und feſtzuſtellen iſt, ſo wird nicht in Abrede zu ſtellen ſeyn, daß man die Juſtinianeiſchen Rechtsbücher im Ganzen recipirte, und dieſes Recipiren im Ganzen ſich nicht blos auf ſeine rein privatrechtlichen Theile beſchränkte, ſondern im Allgemeinen auf alle ſeine Theile erſtreckte. Wollte man aber je davon ausgehen, daß nur diejenigen Theile des Juſtinianeiſchen Rechts bei uns Gültigkeit haben, von denen das Factum der Reception beſtimmt und ſpeciell nachgewieſen werden könne; ſo würde es nicht ſchwer halten, dieſen Beweis für ganze größere Zweige des öffentlichen Rechts zu führen. Zunächſt gehört hierher das Criminalrecht, v. Savigny (a. a. O. S. 2.) ſagt von demſelben: „Zwar iſt „auch das Römiſche Criminalrecht unſerem Rechtszu-

mit der höchſten adminiſtrativen und richterlichen Gewalt. Daß dieſes bei den Deutſchen Regenten von jeher meiſt anders war, und auch jetzt noch großentheils anders iſt, wurde und wird nur zu häufig in unſern Syſtemen des gemeinen, bei uns geltenden Civilrechts nicht berückſichtigt. Häufig werden alle Erlaſſe des Regenten ſo angeführt und behandelt, als ob ſie ſämmtlich Geſetze wären, ohne das Adminiſtrative vom Legislativen zu trennen, und ohne die Beſchränkungen, denen in Deutſchland die Regenten großentheils in Beidem unterworfen ſind, irgend zu berühren. Selbſt Richterſprüche des Regenten werden unter den Geſetzen da und dort im heutigen Röm. Rechte angeführt! Man vergleiche nur z. B. Thibaut Pandect.-R §. 10, 35. 36, 82, 50.

„stande nicht fremd geblieben: allein es ist doch nur „theilweise und ungleich weniger, als das Privatrecht, in „denselben übergegangen". Allein dieß ist gewiß zu wenig gesagt. Richtig ist allerdings, daß vom Römischen Criminalrechte weniger, als vom Römischen Privatrecht in unseren Rechtszustand überging. Allein kann man sagen, daß das Römische Criminalrecht unserem Rechtszustande blos „nicht fremd geblieben" ist? Man ging in den älteren Zeiten, wie später, stets davon aus, daß das Justinianische Criminalrecht, mit dem Justinianischen Rechte, im Ganzen bei uns Gültigkeit habe; man recipirte auch es im Ganzen; und namentlich ging die Reichsgesetzgebung schon im fünfzehenten Jahrhundert (man vergleiche nur den Reichsabschied von 1495) und noch entschiedener im XVI. Jahrhundert davon aus, daß das Römische Criminalrecht als geschriebenes subsidiäres Recht im Ganzen bei uns gelte. Daß es größtentheils dem öffentlichen Rechte angehöre, dieses machte nicht den geringsten Scrupel, wie man überhaupt im XV. Jahrhundert (und dieß ist doch die Zeit, in der sich die Reception des Römischen Rechts in Deutschland recht ausbildete) bei dieser Reception an eine Ausscheidung des gesammten öffentlichen Rechts und an eine Beschränkung auf Privatrecht nicht entfernt dachte. Ein zweiter Zweig des Rechts, der hieher gehört, ist der Civil- und Criminalprozeß. v. Savigny erklärt (a. a. O. S. 26) den Civil- und Criminalprozeß für Theile des Staatsrechts, und da das Staatsrecht nach ihm nicht zu den recipirten Theilen des Römischen Rechts gehören soll: so würde somit auch der ganze Prozeß von der Reception ausgeschlossen seyn. Allein kann man in der That behaupten, daß die prozeßualischen Bestimmungen des Römischen Rechts „nicht unter die recipirten Theile des fremden Rechts gehören"? Daß sie „von aller heutigen Anwendung" ausgeschlossen (v. Savigny a. a. O. S. 69.) seyen? Man trennte gerade in den Zeiten der Re-

ception den Civilprozeß gar nicht vom Civilrecht, und so wenig man vom Privatrecht im Ganzen das Factum der Reception in Abrede ziehen kann, ebensowenig wird geläugnet werden können, daß die Römischen Bestimmungen über Prozeß im Ganzen und mit dem Privatrecht recipirt wurden, so weit sie mit unseren Einrichtungen nicht im Widerspruche stehen, und blos in Lücken des Deutschen Rechts eingreifen. Was endlich und insbesondere die Rechtsgrundsätze über Gesetzgebung und die übrigen Bildungsweisen des allgemeinen Rechts betrifft, welche allerdings, auch in ihrer Anwendung auf das Privatrecht, in ihrer Wurzel dem öffentlichen Rechte angehören: so würde sich unschwer auch für diese eine spezielle Reception — unter der angegebenen Beschränkung, die freilich hier nur gar zu oft nicht gehörig beachtet wurde — nachweisen lassen. Nie trennte man meines Wissens im XIV. und XV. Jahrhundert jene Grundsätze im Ganzen von den Theilen des bei uns geltenden Römischen Rechts; gerade wie man die Gültigkeit des Römischen Privatrechts im Ganzen voraussetzte, setzte man auch stets die Gültigkeit jener Rechtsgrundsätze im Ganzen voraus, hielt sich durch sie, soweit sie nicht der einheimischen Staatsverfassung widerstritten, für gebunden, und behandelte sie als maaßgebend für das geltende Recht. So gut man für irgend eine Lehre des Privatrechts die Reception wird behaupten und nachweisen können, mit derselben Bündigkeit läßt sich nachweisen, daß z. B. die Grundsätze des Römischen Rechts über Gewohnheitsrecht im Allgemeinen stets als ebenso gültig und maaßgebend angenommen wurden. So wenig die Italienische Jurisprudenz, durch deren Vermittlung das Römische Recht zu uns kam, an der Anwendbarkeit dieser Grundsätze zweifelte, ebensowenig hatten darüber unsre ältesten Schriftsteller und die Gerichte, in welche das Römische Recht eingedrungen war, einen Zweifel.

Wir werden daher auch bei der Lehre vom Gerichtsgebrauche das Römische Recht, so weit es an einheimi-

ſchen Beſtimmungen mangelt, immer noch gemeinrechtlich als maaßgebend annehmen, und wenn das Römiſche Recht dem Gerichtsgebrauch geſetzliches Anſehen zuſchreiben würde, ihm ein ſolches auch bei uns gemeinrechtlich beilegen müſſen. Legt nun aber das Römiſche Recht wirklich dem Gerichtsgebrauche, wie er eben beſchrieben wurde, vim legis bei?

Die Hauptſtelle, welche dafür angeführt wird [6]), iſt D. I. 3 (de legibus) l. 38, welche allerdings ſagt: in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem *aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.* Die Vertheidiger der geſetzlichen Kraft des Gerichtsgebrauches beziehen hier die rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas auf den oben beſchriebenen Gerichtsgebrauch im Gegenſatze zum eigentlichen Gewohnheitsrechte.

Es iſt aber ſchon von Anderen gezeigt worden, daß mit dieſer Auffaſſung die lex. 13. C. VII. 45. (de sentent.) nicht wohl zu vereinigen wäre, welche erklärt, daß die res judicatae, ſelbſt der höheren Gerichte, für den Richter keine in anderen Sachen bindende Norm bilden [7]), und daß überhaupt der ganze Zuſammenhang, in welchem die l. 38 cit. ſteht, entſchieden dafür ſpricht, daß ſie blos auf das eigentliche Gewohnheitsrecht zu beziehen iſt, wie es an ſich und in Verbindung mit Richterſprüchen ſich bildet [8]). Hiernach würde die Beziehung jener Stelle auf einen, im Gegenſatze zum Gewohnheitsrechte und abgetrennt von demſelben genommenen Gerichtsgebrauch mehr als zweifelhaft werden.

---

6) Eigentlich die einzige Stelle, welche für den Gerichtsgebrauch wirklich in Betracht kommen kann, deßhalb berufen ſich auch viele Vertheidiger deſſelben blos auf dieſe Stelle, z. B. Schweppe, v. Wennig, Geſterding, Göſchen, Mühlenbruch.

7) S. z. B. Jordan in dieſem Archive B. VIII. S. 255 f. Puchta Gewohnheitsrecht. B. II. S. 16 f. v. Savigny Syſtem d. heutigen Röm. R. B. I. S. 149.

8) Jordan a. a. O. S. 250 f.

Es dürften aber auch noch auf andere Weise die Vertheidiger des Gerichtsgebrauches unmittelbar auf dem Boden, auf den sie sich stellten, mit Erfolg angegriffen werden können. Man hat, wie es scheint, die Consequenzen nicht scharf ins Auge gefaßt, auf welche es führen würde, wenn man dem Gerichtsgebrauche vim *legis* beilegt; und es möchte sich wohl zeigen lassen, daß die Vertheidiger des Gerichtsgebrauches bei einer consequenten Durchführung ihrer Thesis in einen unauflöslichen Widerspruch mit ihren eigenen Grundsätzen kommen, oder, wenn sie die letzteren festhalten wollten, in einen ebenso entschiedenen Widerspruch mit anderweiten allgemein anerkannten, und auch von ihnen selbst nicht in Abrede gezogenen Rechtsgrundsätzen gerathen würden.

In welchem Umfange soll sich die angebliche Gesetzeskraft des Gerichtsgebrauches äussern? Die Vertheidiger dieser Gesetzeskraft fassen sie als eine isolirte, blos auf das einzelne Gericht, bei dem es sich bildete, beschränkte auf. Ein coordinirtes Gericht, behaupten sie, soll durch die Praxis eines anderen coordinirten Gerichts nicht gebunden werden; auch ein Untergericht, behaupten sie in der Regel [9]), werde durch den Gerichtsgebrauch des Obergerichts nicht gebunden, jedenfalls dann nicht, wenn bei je-

---

9) Einige wollen die Untergerichte an den Gerichtsgebrauch des Obergerichts binden, z. B. Göschen Vorlesungen über das Civilrecht. B. I. S. 99. — Nach Maurenbrecher (Lehrb. des gemein. Deutsch. R. §. 17) soll sogar „jedes Urtheil eines Gerichts höchster Instanz eine Rechtsquelle" seyn. Allein er ist den Beweis für diesen auffallenden Satz schuldig geblieben. Das Reichskammergericht hatte allerdings das Recht, unter gewissen Beschränkungen provisorische Gesetze zu geben. Allein selbst bei diesem Gerichte gelten seine einzelnen Urtheile keineswegs als Rechtsquelle, wie allgemein und auch von einem Gerichte selbst anerkannt wurde. Vgl Gerstlacher Corpus jur. Germ. B. IV. S. 196 f. S. 223 f.

nem ſich ſchon früher ein Gerichtsgebrauch gebildet hatte [10]); vollends gar nicht das Obergericht durch den Gerichtsgebrauch des Untergerichts. Namentlich dachte, was das Letztere betrifft, meines Wiſſens nie ein Vertheidiger der Geſetzeskraft des Gerichtsgebrauches daran, das Obergericht bei den in höherer Inſtanz an daſſelbe gekommenen Sachen an den Gerichtsgebrauch des Untergerichts, welches über die Sache in erſter Inſtanz erkannt hatte, zu binden.

Allein die Conſequenz würde gerade auf das entgegengeſetzte Reſultat führen. Betrachten wir einmal nur von einer Seite die Sache wie ſie ſich nach jenen Behauptungen geſtalten würde: ſo würde ſich in der That ein höchſt anomales Reſultat, eine wahre Unvereinbarkeit herausſtellen. Nehme man an, über eine und dieſelbe Frage habe ſich beim Untergerichte ein Gerichtsgebrauch gebildet, und ein entgegengeſetzter bei ſeinem Obergerichte. Keines von beiden Gerichten ſoll — nach der gewöhnlichen Behauptung der Vertheidiger des Gerichtsgebrauches — an die Praxis des anderen Gerichts gebunden ſeyn; doch aber ſoll die Praxis eines jeden dieſer Gerichte *legis* vim (nach l. 38 cit.) haben. Daraus würde ſich das wohl Unerhörte und Unmögliche ergeben, daß in demſelben Staate über eine und dieſelbe Frage zwei verſchiedene direct entgegengeſetzte Rechtsnormen nebeneinander gelten, daß dieſelbe Rechtsſache in der erſten Inſtanz

10) Iſt dieß nicht der Fall, ſo meinen Einige, das Untergericht ſey an den Gerichtsgebrauch des Obergerichts gebunden. So z. B. Thibaut Pandecten R. §. 16. Thibaut gibt aber ſelbſt zu, daß die eine Stelle, welche er in ſeinem Pandectenrechte dafür anführt — J. de satis datt. §. fin. — doch nichts beweiſe (Froben Erört. zu Thibauts Pandect.-R. S. 23), und daß die andere Stelle (J. R. A. v. 1654. §. 137) auch den Satz nicht beweiſt, iſt unzweifelhaft. Denn ſie ſagt blos, die Reichsſtände ſollen bei ihren Gerichten dahin wirken, daß bei denſelben „ſo viel möglich, die Norma des Cammergerichtlichen Prozeſſes obſervirt werde."

nach dieſer, in der zweiten Inſtanz nach einer völlig anderen Norm, welche *legis vim* hat, entſchieden werden müßte, und daß der Bürger, welcher beiden Gerichten unterworfen iſt, zu gleicher Zeit zwei einander direct widerſtreitenden, aber doch neben einander geltenden Geſetzen unterworfen wäre! Wollen aber die Vertheidiger des Gerichtsgebrauches dieſe Unmöglichkeit nicht zugeben: ſo müſſen ſie ihren Grundſatz über das Verhältniß des Gerichtsgebrauches des einen Gerichts zu anderen Gerichten aufgeben. Ueberhaupt würde, wenn man die Prämiſſe, die Geſetzeskraft des Gerichtsgebrauches, vorausſetzt, dieſelbe unter Beachtung anderweiter anerkannter Rechtsgrundſätze darauf führen, daß das Obergericht in den vom Untergerichte an daſſelbe gekommenen Sachen an den Gerichtsgebrauch des Untergerichts gebunden ſey.

Der Richter, welcher in höherer Inſtanz über eine Sache urtheilt, hat lediglich zu unterſuchen, ob der Unterrichter nach den Rechtsnormen, unter denen derſelbe ſteht, recht oder unrecht geurtheilt habe. Hat der Unterrichter den für ihn beſtehenden und ihn bindenden Rechtsnormen gemäß geurtheilt: ſo muß der Oberrichter, wenn er ſich davon überzeugt, das Urtheil des Unterrichters beſtätigen. — Dieß wird ohne Zweifel als ein allgemein anerkannter Rechtsgrundſatz angenommen werden können [11]).

Soll nun — wie die Vertheidiger des Gerichtsgebrauches behaupten, und bei ihrer Berufung auf l. 38 de legib. behaupten müſſen — ein bei einem Gerichte beſtehender, durch res perpetuo similiter judicatas begründeter, Gebrauch vim *legis* haben: ſo folgt daraus nothwendig, daß dieſer

---

11) Deßhalb werden auch in Reichs- und Landesgeſetzen die Obergerichte angewieſen, nach den Rechten, Gewohnheiten und Statuten, welche bei der Inſtanz à qua gelten, zu urtheilen. Vgl. J. R A. v. 1654 §. 105 ff. KammerG.O. Th. I. Tit. 13. §. 1.

Gebrauch, gerade ſo gut wie das Geſetz, die Rechtsnorm iſt, unter welcher das erkennende Gericht ſteht, eine Rechtsnorm, welche (wie das Particulargeſetz und das Particulargewohnheitsrecht) auch von Anderen im betreffenden Falle als Rechtsnorm geachtet werden muß. Hat daher bei einem Untergerichte in ambiguitatibus ein Gerichtsgebrauch ſich gebildet, und das Gericht gemäß dieſem Gebrauche, der nach der Behauptung der Vertheidiger des Gerichtsgebrauches für daſſelbe *vim legis* hat, alſo gemäß der Rechtsnorm, unter der es ſteht, geurtheilt, ſo war ſein Urtheil pflichtgemäß und recht. Wie ſollte nun ein Obergericht die Befugniß haben, ein pflichtgemäßes, rechtes und gerechtes Urtheil wieder aufzuheben? Es ergibt ſich hieraus mit Nothwendigkeit, daß — die Geſetzeskraft des Gerichtsbrauches angenommen — das Obergericht in den Urtheilen über die in höherer Inſtanz an daſſelbe gekommenen Sachen an den Gerichtsgebrauch des Untergerichtes gebunden ſeyn müßte. Dieß ſelbſt in dem Falle, wenn beim Obergerichte ein anderer Gerichtsgebrauch beſtehen würde, denn in dieſem Falle müßten die Grundſätze über das Verhältniß des localen Rechts zum provinziellen zur Anwendung kommen. Man nehme z. B. den Fall, der leicht vorkommen kann: bei einem einzelnen Untergerichte bildete ſich über eine zweifelhafte Rechtsfrage durch langen Gebrauch eine feſte Praxis, ohne daß es in den betreffenden Sachen zu einer Appellation gekommen wäre; bei dem Obergerichte, welches noch eine Reihe anderer Untergerichte unter ſich, und auch für Exemte in erſter Inſtanz zu urtheilen hat, bildet ſich in den von dieſen anderen Untergerichten an daſſelbe gekommenen und in den von ihm in erſter Inſtanz zu entſcheidenden Sachen über dieſelbe Frage ein entgegengeſetzter Gerichtsgebrauch, und nun wird von jenem erſten Untergerichte in einer ſolchen Sache an das Obergericht appellirt. Hier muß — wenn man die Prämiſſen der Vertheidiger des Gerichtsgebrauches

zugibt — der Gerichtsgebrauch des Obergerichts in der an daſſelbe gebrachten Sache dem Gerichtsgebrauch des Untergerichtes weichen, d. h. der Gerichtsgebrauch des Untergerichts bindet das Obergericht und dieſes muß nach dem Gebrauche des Untergerichts, und darf nicht nach ſeinem Gebrauche entſcheiden. Denn ſobald der Gebrauch des Untergerichts vim *legis* hat: ſo ſteht er der Bedeutung und Kraft nach völlig in der Kategorie eines für daſſelbe geltenden Particulargeſetzes, während der Gebrauch des Obergerichtes, der ſich in anderer Sphäre gebildet hatte, die Bedeutung eines gemeinen Geſetzes haben müßte. Nach anerkannten Rechtsgrundſätzen aber geht das Particulargeſetz in ſeinem Bereiche dem gemeinen vor, und muß der Oberrichter die aus dieſem Bereiche an ihn gebrachten Sachen zunächſt nach den Particulargeſetzen dieſes Bereiches entſcheiden (ſ. Not. 11).

Auf daſſelbe Ergebniß kommen wir, wenn wir das Verhältniß des Bürgers zum Gerichtsgebrauche ins Auge faſſen. Dieſes Verhältniß führt nicht nur wieder darauf, daß (eine Geſetzeskraft des Gerichtsgebrauches angenommen) das Obergericht an den Gerichtsgebrauch des Untergerichtes gebunden ſeyn müßte, ſondern auch noch weiter darauf, daß auch die andere Behauptung der Vertheidiger des Gerichtsgebrauches, nach welcher ein Gericht an den Gerichtsgebrauch eines coordinirten Gerichts nie gebunden ſeyn ſoll, in dieſer Allgemeinheit bei ihren Prämiſſen nicht haltbar iſt.

Wenn man von einer Rechtsnorm, unter welcher der Richter ſteht, ſpricht: ſo meint man damit eine Norm nach welcher der Richter die an ihn gebrachten Rechtsſachen zu entſcheiden hat, eine Norm alſo, welche für dieſe Sachen und die bei ihnen betheiligten Perſonen maaßgebend iſt. Jene Rechtsnorm iſt ſomit eine Norm, unter welcher die dem Richter, als Solchem, unterworfenen Perſonen und ihre Rechtsverhältniſſe ſtehen. Soll

nun einem Gerichtsgebrauch vis *legis* zukommen: ſo heißt dieß ebendamit ſo viel: die Perſonen, welche bei dem Gerichte Recht zu ſuchen haben, ſind dieſem Gebrauche, gleich einem Geſetze, unterworfen, ſie und der Bezirk, dem der Richter vorſteht, haben dieſen Gebrauch als Geſetz anzuerkennen. Haben ſie aber dieſen Gebrauch als Geſetz anzuerkennen: ſo iſt er für ſie ebenſowohl Quelle von erwerbbaren Rechten, als Quelle von Obliegenheiten. Hat daher eine jenem Gebrauche unterworfene Perſon demſelben gemäß ein Recht erworben: ſo kann ſie verlangen, von allen Gerichten des Landes in dieſem ihrem wohlerworbenen Rechte geſchützt zu werden. Es iſt alſo das Obergericht verbunden, auch in höherer Inſtanz dieſes Recht zu ſchützen — ſomit nach dem Gebrauch des Untergerichts zu ſprechen. Es ſind aber auch coordinirte Gerichte verbunden, auf die gleiche Weiſe dieſes Recht zu ſchützen, alſo in ſo weit nach dem Gebrauche des coordinirten Gerichts zu ſprechen. Denn wenn ein Recht, welches in einem Bezirke des Landes in Folge eines in demſelben beſtehenden Particulargeſetzes von Jemanden erworben würde, von den Gerichten anderer Bezirke des Landes, falls es bei denſelben zur Sprache kommt, anzuerkennen und zu ſchützen iſt, ſo muß, ſobald man dem Gerichtsgebrauche *legis* vim zuſchreibt, nothwendig das Gleiche auch gelten von einem Rechte, das in jenem Bezirke nach dem Gebrauche des Bezirksgerichts als wohlerworbenes erſcheint.

Dieſen Conſequenzen könnte man nicht dadurch entgehen, daß man ſagt, weil ein Gerichtsgebrauch nur in ſo weit gelte, als er nicht gegen die Geſetze und die aus ihnen zu entwickelnden Reſultate angehe, ſo ſey kein Gericht an den Gebrauch des anderen Gerichts gebunden, indem hiernach lediglich die Ueberzeugung eines jeden Gerichts über die wiſſenſchaftliche Haltbarkeit des in Anſpruch genommenen Rechtsſatzes entſcheiden müſſe. Hiegegen wäre doppeltes einzuwenden. Einmal ſetzen die Vertheidiger des Ge-

richtsgebrauches selbst voraus, daß hier überall nur von solchen Fragen die Rede sey, über welche die Interpretation der Gesetze (im weiteren Sinne) zu keinem festen, ganz entschiedenen Resultate führe. Wollte man aber auch in solchen zweifelhaften Fällen Jenes vertheidigen; so müßte man eben geradezu die *vis legis* des Gerichtsgebrauches aufgeben, somit den Gerichtsgebrauch nicht mehr als wahre, formell gültige Rechtsnorm anerkennen. Auf einem solchen Wege sind z. B. Kierulff [12]) und Müller [13]). Dem Mittelwege, welchen diese einschlagen, liegt wohl eine Verwechslung des Ansehens zu Grunde, welches die aus dem bestehenden Rechte richtig deducirten Rechtsgrundsätze haben, mit dem Ansehen des sie deducirenden Gerichtsgebrauches. Jene gelten allerdings als Recht, eben weil sie im bestehenden Rechte gegründet sind; sie gelten aber nur, sofern und so weit sie dieses sind. Der Gerichtsgebrauch aber kann ihnen keine besondere Geltung beilegen, die sie nicht schon an sich haben, und so ist hier der Gebrauch, wenn gleich das Gewand, in dem sie oft ins Leben treten und in demselben sich geltend machen, doch für ihre Gültigkeit an sich indifferent.

Allerdings aber wird, wenn sich über eine Rechtsfrage eine bestimmte aus wissenschaftlichen Gründen hergeleitete Ansicht bei einem Gerichte festgesetzt hatte und nach dieser längere Zeit gleichmäßig entschieden wurde, dieser Gebrauch für das Gericht selbst und auch für andere Gerichte immerhin eine wichtige Autorität seyn; solche Gebräuche der Gerichte bilden bedeutende nicht außer Acht zu setzende Momente in der Bildung unseres Rechts; sie können Quelle allmählig entstehender wahrer Gewohnheitsrechte seyn; das Gericht wird überhaupt wohl daran thun, im Zweifel

12) Theorie des gem. Civilr. B. I. S. 38 f.
13) Civilist. Abhdlgen. Th I. S. 172 f. 218 f. 227 f.

einem ſolchen Gebrauche zu folgen, und ſo auf Feſtigkeit und Sicherheit des Rechts hinzuwirken; allein an und für ſich bildet er keine bindende Rechtsnorm, ſelbſt nicht bei Lücken oder zweifelhaftem Sinne der Geſetze.